نظرية الشروط المقترنة بالعقد
في
الشريعة والقانون

تأليف

زكي الدين شعبان
أستاذ الشريعة بكلية حقوق عين شمس

« حصل بهذه الرسالة مؤلفها على شهادة العالمية »
« من درجة أستاذ في الفقه الإسلامي وعلومه »
« ونوقشت في يناير سنة ١٩٤٥ »

الطبعة الأولى

١٩٦٨

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - بالقاهرة
١٩٦٨

فاتحـــة الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

باسمك اللهم نستفتح وبهديك نهتدى ، وبما جاء به رسولك الكريم محمد — صلى الله عليه وسلم — نسترشد ونستضىء ، ونتخذ من هدى صحابة النبي الأمين نبراساً يضىء لنا مشكلات ما انبهم علينا فى موضوعنا المتشعب المسالك ، ونسأله — جل وعلا — أن يجنبنا الزلل فى بحثنا الذى نعالجه . فإن غايتنا الوصول إلى الحق وما يتفق ومبادىء دين الله الباقى على وجه الزمان وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية انفردت من بين سائر الشرائع التى أنزلها الله على عباده بواسطة أنبيائه ورسله الذين اصطفاهم لهذه الغاية السامية بأنها الشريعة الخالدة التى رضيها المولى لخلقه فى مختلف العصور والبيئات ، فلم تنحصر دعوة الرسول فى العرب خاصة بل توجه بها إلى الناس كافة فى مشارق الأرض ومغاربها انقياداً لقول الله عز شأنه : « تبارك الذى نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً » وقوله سبحانه : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

وجه النبي رسله إلى الملوك والأمراء يدعوهم إلى دين الله ، واتباع شريعته ، ونشر خلفاؤه من بعده هذه الدعوة فى أنحاء الأرض جميعاً ، وجاهدوا فى سبيل نشرها مؤيدة بالحجج والآيات البينات ، وجعلوا العالم كله ميدان دعواتهم ، وخفقت ألوية الإسلام على أمم كثيرة ، وظلت هذه الأمم أجيالا متعاقبة ناهضة بعبء الحضارة فى العالم .

وما كان الله ليختار الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع السماوية إلا وهى تحتمل فى تعاليمها ومبادئها ما يجعلها جديرة بهذه الغاية السامية .

فلم تقف تعاليمها عند تنظيم العلاقات بين العبد وربه ولكنها بسطت سلطانها على كل شىء فى هذا الوجود ، تناولت علاقة العبد بربه بما اشتملت عليه من أنواع العبادات ، كما تناولت الشئون الدنيوية ووقفت منها موقف المصلح الاجتماعى ، فنظمت الأسرة ونظم المعاملات المالية ، ووضعت أسس القوانين الجنائية ، وواجهت كل مرافق الحياة ، وتعرضت لأسسها والقواعد التى تنير سبل هذه الحياة .

ولم تقف موقف الجمود أمام تغيرات الحياة ، فقد واجه المسلمون عند فتوحهم الأولى نظما جديدة فى الحروب والاقتصاد والعادات وكل شئون الحياة فهضموا كل ذلك ، ووضعوا له أحكاماً كانت نبراساً لمن جاء بعدهم من الفقهاء والمشرعين ، ولو وقفوا أمام هذه التطورات الجديدة ولم يحلوا ما واجههم من مشكلات فى شئون الاجتماع والسياسة والاقتصاد لوقف المسلمون حيارى أمام هذه المشكلات العجيبة ، وتخلفوا عن حمل عبء الحضارة ، وكان ذلك عاملا من أهم العوامل فى هدم كيان الإسلام وضياعه ، ولكن الإسلام الذى رباهم هذه التربية المرنة سلحهم بالأصول وأسلس لهم تطبيقها على الفروع لحلوا المشكلات واتقوا الأزمات ، وضربوا خير مثال يحتذى .

فكم من المشكلات الاجتماعية واجه المسلمون فى عصر بنى أمية وعصر بنى العباس أيام أن اتصلت تلك الأمة البدوية بأعرق الأمم حضارة ومجداً : أمم الفرس واليونان والرومان .

وكم تفتقت أذهان العلماء عن حلول لما واجهوا ، وتذليل لما لقوا . فكانت هذه الحلول ذخائر ثمينة ، تبين للذين فتنتهم الحضارة الحاضرة

والمدنية القائمة ومن استهوتهم النظريات الحديثة فى طرق التشريع ونظم الاجتماع أن الإسلام قد فرغ من ذلك كله منذ أربعة عشر قرناً ، هذه الذخائر الثمينة هى التى مكنت المسلمين أن يقيموا دولة عزيزة الجانب ، مصلحة عادلة ، ضمت أطرافاً من بقاع الأرض نائية .

وإنك لتقرأ تاريخ المسلمين فى تلك الحقبة فتروعك كثرة المجتهدين حتى بلغوا المئات ، يواجهون الأحداث ، فيضعون لها الأحكام مراعين فيها أصول الدين العامة وكليات الشريعة حسبما يؤديهم اجتهادهم إليه دارسين عادات البلاد وتقاليدها وعرفها .

وما حدثنا التاريخ أن المسلمين فى عصر من تلك العصور استمدوا قانوناً من تشريع غيرهم . بل إن السعة فى الفتوح قارنتها السعة فى التقنين . وكلما فتح الله لقواد الجيش أمصاراً وولايات فتح لعلماء التشريع أبواباً من الاجتهاد والاستنباط . حتى كانت حركتهم التشريعية مسايرة لحركة الفتح. وماضاقت القوانين الشرعية عن حاجة ، ولاقصرت عن مصلحة . ولاتنافت مع مصالح مسلم أو كتابى بل عاش الجميع فى ظل عدالتها ، وسعتها وتسامحها عيشة راضية ثم خلف من بعد أولئك الأعلام البارزين الذين وقفوا على أسرار التشريع الإسلامى ، وسايروا الزمن . وأحدثوا لكل جديد حكما يلائمه ،طائفة من الفقهاء قصرت هممهم ، فقدسوا ما نقل إليهم من أقوال هؤلاء الأعلام ، ورأوا أن ماوصلوا إليه من الآراء فيه وفاء بمصالح الناس وحاجاتهم ، فضيقوا باب الاجتهاد : من اجتهاد مطلق . إلى اجتهاد فى المذهب ، إلى اجتهاد فى الفتيا ، إلى الحجر على العقول أن تفكر . فكان معنى هذا الحكم على الدين الخالد الباقى بالعجز عن مسايرة الحياة ، وتطوراتها . إذ الحياة فى تغير ، والمدنيات فى تقدم ، ومستحدثات الوجود لا تقف عند حد ، ولم يعط أولئك العلماء السابقون — أحسن الله

جزاءهم — علم الغيب بما سيكون حتى يحدثوا له الأحكام الملائمة الصالحة .

وهل كان يدور بخلد الماضين ما وصل إليه الناس في العصور المتأخرة من معاملات جديدة مختلفة الأشكال والألوان ؟

هل كان يدور بخلدهم ذلك كله حتى يشرعوا للناس أحكامه فيوفروا عليهم جهودهم ومتاعبهم ، إن ذلك غير ممكن ، فلا يعلم الغيب إلا الله ولما أحس بعض كبار المسلمين ما ينشأ عن إقفال باب الاجتهاد من تخلف المسلمين عن زمانهم وجمود عقولهم وإصابتهم بالفقر العقلي في ناحية استنباط الأحكام من مصادرها الشرعية ، أقول لما أحسوا ذلك حاولوا أن يفكوا تلك القيود الثقيلة التي قيد الفقهاء أنفسهم بها ، فرأينا عبد المؤمن بن على في المغرب يحرق كتب الفروع لما رأى الفقهاء في عصره (سنة ٥٥٥ هـ) قد شغلوا بها عن الكتاب والسنة وقنعوا بما دون فيها من آراء ، ويلزمهم بالاجتهاد وجمع الأحاديث التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ويتابعه في سياسته هذه ولده يوسف ثم حفيده يعقوب المنصور ورأينا ابن تيمية بعد سقوط بغداد (سنة ٦٥٦ هـ) ينادى بالاجتهاد وخلع ربقة التقليد ونبذ الآراء التي لا تتفق مع مصالح الناس وحاجاتهم ويلقى في سبيل ذلك العنت والمشاق ولكنه يتحملها وتلاميذه عن طيب خاطر في سبيل الحق الذي يريدون أن يقيموا دعائمه ويشيدوا أركانه .

ولما التقى الشرق والغرب عن طريق البعوث العلمية والاتصالات السياسية والفتوحات والسياحات ورأى الشرق مدنية جديدة لا عهد له بها ومستحدثات غريبة في كل شيء وقف أمام هذه المشكلة وقفة الحائر ، أيأخذ عن هذه المدنية قوانينها وتشريعاتها ونظمها ويترسمها في كل خطوة من خطاها فهي نظم وقوانين وشرائع رفعت هذه الأمم إلى الحياة الطيبة السعيدة .

وهى ما وصلت إلى تلك المراتب من المجد إلا بنظمها وقوانينها وشرائعها وأن الدين يقف عند علاقة العبد بربه ، فلا يدخل فى شئون الحياة ؟ أم يرى فى دينه عنصرا صالحا لمواجهة هذه المدنية ؟ فهو الدين الذى أخضع المدنيات القديمة ووفق بينه وبينها حتى حقق لأممه ما ترنو إليه من مجد وما تتطلع إليه من عظمة وهو الدين الذى لا يفرق بين شئون الدين والدنيا فكل عمل له وجهان : وجه دينى متعلق بالنية ، ووجه دنيوى .

وإنا لنرى فى كل يوم دليلا على إخفاق المدنية الغربية فى تحقيق السعادة للبشرية . فهذه الحروب الطاحنة والشرور التى ملأت العالم والإباحية السافرة أثر من آثار هذه المدنية المادية ، فما ينبغى لمسلم أن يتجه صوب هذه المدنية ، ويترسم خطاها ، وينهج منهجها ، إنما السبيل الصحيح أن نتجه ونرجع إلى ديننا الحنيف فنستخرج من كنوزه وذخائره ونستعين به على حل مشكلاتنا الاجتماعية المتجددة ، وهذا هو ما فعله أرباب الاصلاح فى عهدنا الجديد أمثال السيد جمال الدين الأفغانى والأستاذ المرحوم « محمد عبده » وأضرابهما من أحرار الفكر الذين فهموا الدين حق فهمه وعرفوا أسراره واطلعوا على آراء العلماء والأحرار الذين تقدموهم كابن تيمية وابن القيم وغيرهما ممن جاهدوا فى سبيل الدفاع عن الدين والتحرر من بعض القيود التى قيد المتأخرون أنفسهم بها ، فكانوا بذلك زعماء النهضة ودعاة التجديد ، لتتمشى شريعة الاسلام النيرة الواضحة المشرقة مع الزمان ، وتخضع لها أحداث هذا العصر الجديد كما خضعت لها أحداث العصر القديم .

وإن السياسة التى يجرى عليها أولوا الأمر فى سن القوانين المختلفة ورجوعهم فيها إلى آراء علماء المسلمين من غير تقيد بمذهب لهى السياسة التى تتمشى مع نهضة التجديد ودعوة الاصلاح ، وهى الروح التى تتغلب فى عصرنا الحاضر على كل قيد وتضييق وإنها لخطوة حميدة نرجو أن تتبعها خطوات ،

حتى نرى شريعتنا وقد ساد سلطانها ، واستظلت بلوائها دور المحاكم على اختلاف أنواعها .

هذا . ولما كان موضوع الشروط فى العقود ذا أهمية عظيمة فى التشريع وكان مبحثها من أهم المباحث فى هذا العصر الحديث لما جد فيه من المعاملات وما دخلها من الاشتراطات المتنوعة التى دعت إليها التطورات الحديثة وهو إلى جانب ذلك مبحث شائك لم يعقد له أرباب التشريع بابا مستقلا يجملون فيه أحكامه . ويجمعون شتاته وإنما نراه مبعثرا فى كل باب منثورا فى تضاعيف الفصول والأبواب . لما كان الأمر كذلك حاولت أن أجمع شتاته وأن أدرسه فى مظانه المختلفة ، وأن أجمع فيه آراء العلماء من كل مذهب وأن أوسع دائرة البحث حتى لا تقف عند آراء أئمتنا الأربعة ، وأن أعرض صورة من الانتاج العقلى والتصرف الذهنى فى هذه المسألة ليستنير أمام القارىء وجه الحق فيها ، وتشرق شمس الحقيقة فى موضوع تشعبت مسالكه واختلفت فيه آراء الفقهاء اختلافا مبيناً .

وهو موضوح لا يزال مفتقرا إلى جهود جديدة يتضافر فيها البحث والتمحيص ، فالمراجع التى تتحدث فيه يشوبها اضطراب يجعل الوصول إلى الحق فى شأنه عسيرا ، فكثيراً ما نجد روايات متضاربة عن بعض الأئمة يقف الانسان أمامها موقف الحائر ، فلا يسعه إلا أن يثبتها مع الإشارة إلى ما يخالجه من الريبة فيها .

وحسب القارىء أن يرجع إلى سجل المراجع التى رجعنا إليها فى هذا الموضوع ، وأن يتلو فصوله ليقدر مبلغ الدقه فيما سجلناه فى هذا اليحث.

وقد آثرت أن يكون الكلام فيه على شكل نظريات عامة وقواعد إجمالية من غير تعرض للتفاصيل الجزئية بقدر الامكان ، حتى نقضى على ما رمى به

الفقه الاسلامى من أنه عبارة عن حلول فرعية ومسائل جزئية ، لا تربطها رابطة ، ولا تنتمى إلى أصل وقاعدة ، وإن كان هذا اتهاماً باطلا ، لأن مشايخنا السابقين لم يغفلوا عن التأليف على هذا النحو فقد رأينا لبعض المؤلفين منهم كتباً خاصة بالقواعد والضوابط الكلية . ككتاب الفروق للقرافى المالكى ، والقواعد لابن رجب الحنبلى ، والقواعد لعز الدين بن عبد السلام الشافعى ، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى وغيرها كثير وأكبر الظن أن الذى دعا الكثير من المؤلفين إلى العناية بالتفريعات والمسائل الجزئية على النحو الذى نراه فى الكتب الفقهية المختلفة ، التيسير على الناس فى معرفة الأحكام التى يحتاجون إلى الوقوف عليها .

وأرجو أن يكون بحثى هذا فاتحة أبحاث كثيرة فى شئون المعاملات الحديثة حتى نرى الشريعة ولها فى كل ما يقع تحت حسنا وسمعنا رأى وحكم .

والله أسأل أن يحفظنا من الزلل وأن يرشدنا إلى الصواب ، ويهدينا إلى الصراط المستقيم ؟

تمهيد

لما كانت الشروط لا توجد ولا تعمل إلا فى عقد من العقود أو تصرف من التصرفات رأيت من المناسب أن أتعرض هنا لبيان معنى العقد — والتصرف . وأبحث عن الطريق الذى صارت به العقود والتصرفات أسباباً لمسببات شرعية هى أحكامها وآثارها ، وعن آراء الفقهاء فى مدى الحرية فى إنشاء العقود والتصرفات وما يترتب عليها من الأحكام والآثار :

معنى العقد

(ا) معنى العقد فى اللغة :

تطلق كلمة العقد فى اللغة على معان كثيرة منها الشد والإحكام والتوثيق والجمع بين أطراف الشىء وربطها . تقول عقدت الحبل بالحبل إذا ربطته وعقدت البناء بالجص إذا ربطته به وعقدت الحبل عقداً إذا شددته وقويته وهذه المعانى - كما ترى - تدور كلها حول معنى الربط ولهذا صرح كثير من العلماء بأنه المعنى الأصلى لكلمة العقد فمن ذلك ما جاء فى روح المعانى لشهاب الدين الألوسى « وأصل العقد الربط محكما » وكما أطلقت كلمة العقد على الربط فى المحسوسات كما ذكر فى المثل السابقة أطلق أيضاً على الربط المعنوى. فيقال عقدت البيع وعقدت العهد وما أشبه ذلك من كل ما يعقده المكلف فيلزم به نفسه، ويربطها به من فعل يأتيه فى المستقبل أو ترك لفعل ، ومن هذا سمى اليمين والشرط عقداً لأن الحالف أو الشارط يلزم به نفسه أن يفى بما حلف عليه أو شرطه ، واستعمال العقد فى الربط المعنوى مما لا كلام فيه بين العلماء وإنما الكلام فى أن هذا الاطلاق على سبيل الحقيقة أو المجاز، جاء فى البحر المحيط

لأبى حيان (ج ٣ ص ٤١١) مانصه « قال الزجاج : العقود أوكد من العهود وأصله فى الأجرام ، ثم توسع فأطلق فى المعانى » وفى الكشاف للزمخشرى : « العقد هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه » وفى الشهاب على البيضاوى (ج ٣ ص ٢٠١) « وأصل العقد الربط محكما ، ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات » .

والناظر فى هذه العبارات يرى أن استعمال العقد مجاز فى الربط المعنوى وفى فتح القدير للشوكانى (ج ٢ ص ٣) ما يأتى « العقود العهود ، وأصل العقود الربوط ، واحدها عقد : يقال : عقدت الحبل والعهد . فهو يستعمل فى الأجسام والمعانى ، وإذا استعمل فى المعانى أفاد أنه شديد الإحكام والتوثيق » .

وظاهر من هذا الكلام أن استعمال كلمة العقد فى الربط المعنوى على طريق الحقيقة لا المجاز .

ونحن إذا علمنا أن المفسرين إنما يعتمدون على اللغة فى بيان معنى الألفاظ الواردة فى الكتاب العزيز أدركنا أن الفيصل فى هذا الخلاف ما أثبته أهل اللغة فى هذا المقام ، وبالنظر فيما قاله أهل اللغة نرى أنهم يطلقون كلمة العقد على مطلق الربط من غير فرق بين المحسوسات والمعنويات فلا وجه حينئذ لمن قال : إن إطلاق العقد فى المعنويات على سبيل المجاز .

(ب) معنى العقد عند أهل الفقه :

تطلق كلمة العقد فى الفقه على معنيين :

الأول : وهو المشهور - الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما كالإشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ماتم الارتباط به بين الطرفين ، سواء كان كلامين أم كتابتين

أم إشارتين أم فعلين ، فيسمى بمجموع : بعت كذا بكذا ، وقبلت ذلك عقد بيع . . . . . . وهكذا ، وقل أن نجد فى عبارات الفقهاء - عند كلامهم على العقود التفصيلية غير هذا فهم يريدون بالعقد الكلامين المرتبطين أو ما يقوم مقامهما .

وعلى هذا التعريف لايكون الطلاق المجرد عن المال والوقف والإبراء واليمين وما أشبه ذلك من كل ما يتم بطرف واحد عقداً بل تصرفاً شرعياً ، وإنما يكون البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والهبة والوصية وغيرها مما لايتم إلا بطرفين عقوداً شرعية ، وهذا المعنى لايبعد كثيراً عن المعنى اللغوى لكلمة العقد بل هو تقييد له أو تخصيص لما فيه من العموم .

الثانى : وهو أعم من المعنى الأول - كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء كان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين .

والمطلع على الكتب الفقهية يجد المؤلفين فى المذاهب المختلفة يعترفون بهذا الإطلاق ويسيرون عليه قال صاحب جامع الفصولين ما يأتى : « الفصل السادس والعشرون فيما يبطل من العقود بالشروط ومالا يبطل . وما يصح تعليقه وإضافته ومالا يصح » وذكر فى هذا الفصل الطلاق والعتق والاعتكاف والابراء والوقف كما ذكر البيع والإجارة والنكاح . فيتناول بتعميمه هذا كل صور العقد بمعناه الأعم ومعناه الأخص .

وجاء فى الدر المختار ورد المحتار نقلا عن كتاب النتف ما نصه : « ثلاثة عشر عقداً لاتصح بلا قبض أحدها الهبة والثانى الصدقة . والثالث الرهن ، والرابع الوقف فى قول محمد بن الحسن » فقد أطلق لفظ العقد على الوقف وهو التزام يصدر من طرف واحد وهو الواقف . وفى التحرير وشرحه للشيخ زكريا الأنصارى الشافعى ما خلاصته : العقد نوعان .

أحدهما ما ينفرد به عاقد واحد وهو النذر واليمين والوقف على جهة الصلاة وغير ذلك . والثانى يعتبر فيه عاقدان وهو ثلاثة أقسام إلخ وهو صريح فى إطلاق العقد على الالتزام الصادر من جانب واحد وقد تكرر من ابن تيمية فى فصل اليمين بالطلاق والعتاق فى اللجاج والغضب من الفتاوى إطلاق لفظ العقد على ما يقوم بطرف واحد وإرادة واحدة كالنذر والطلاق والعتق ونحوها . وغير ذلك كثير لا يخفى على المتتبع لعبارات الفقهاء .

العلاقة بين العقد والتصرف :

وعلى هذا الإطلاق تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف بخلافها على الاطلاق الأول فإنها أخص من التصرف . يتحققان معاً فى كل ربط بين كلامين يترتب عليه حكم شرعى ، وينفرد التصرف فى كل التزام ينشأ عن إرادة واحدة كالطلاق والعتق ونحوهما .

نشأة العقود :

هذا ، وقد كانت العقود والتصرفات معروفة للعرب قبل الاسلام فقد كانوا يتعاملون بعقود المعاوضات المختلفة من بيع وسلم وصرف واستصناع وإجارة ، ويعرفون عقد النكاح ، والطلاق وعقود التأمينات من رهن وكفالة وحوالة ، وكانت لها أحكام وآثار تواضعوا عليها ، لأنها إرادتهم التى أظهروها بعباراتهم وغايتهم التى من أجلها تعاقدوا . فأصبحت هذه الآثار نتائج عرفية لتصرفاتهم ، يلزمهم بها العرف ، ويوجبها عليهم الخلق . لكن هذه العقود والتصرفات لم تكن ترتكز على أسس عادلة وقواعد متينة بل كان الكثير منها يشتمل على الظلم وعدم التوازن بين المتعاقدين

كما كانت تشتمل على الغرر والجهالة كالربا والميسر وبيع المضامين[١] ، والملاقيح[٢] والملامسة[٣] والمنابذة[٤] وإلقاء الحجر[٥] وما أشبه ذلك من المعاملات الفاسدة والتصرفات الجائرة .

الطريق الذى صارت به العقود أسباباً شرعية :

فلما أراد الله هداية العالم وإصلاح المجتمع الإنسانى وإنقاذه من الفوضى والاضطراب أرسل سيدنا ومولانا محمداً - صلى الله عليه وسلم - فوجد الناس يتعاملون بهذه المعاملات ، ويرتبون عليها أحكاماً وآثاراً تواضعوا عليها ولا يستغنون عنها لحاجتهم إليها ، فلم يعمد إلى هدم ما كان موجوداً من أساسه بل أخذ فى إصلاح ما يمكن إصلاحه وإزالة مالا يقبل الاصلاح ولا يصلح للبقاء ، فحرم الربا والميسر لما يشتملان عليه من الظلم والإضرار بالناس وأكل أموالهم بالباطل ، وحرم أنواعاً من النكاح الشائع بينهم

---

(١) و (٢) قال أبو عبيد : الملاقيح ما فى البطون من الأجنة . والمضامين : ما فى أصلاب الفحول ، وكانوا يبيعون الجنين فى بطن الناقة ، وما يضرب الفحل فى عام أو أعوام .

(٣) بيع الملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يقلبه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه .

(٤) بيع المنابذة : أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض .

(٥) إلقاء الحجر هو أن يقول المشترى للبائع أى ثوب وقعت عليه هذه الحصاة التى أرمى بها فهو لى ، أو أن يبيعه من أرضه بقدر ما انتهت إليه رمية الحصاة ، أو أن يمسك أحدهما حصاة فى يده ويقول : أى وقت سقطت فيه الحصاة وجب البيع .

كنكاح الشغار والمقت(١) لظهور الفاحشة فيها ، ولأنها لا تحقق الأغراض التى من أجلها شرع النكاح ، وأصلح نظام البيوع ، فنفى عنها الغرر والخداع والغبن الفاحش، وأقر الإجارة والقراض والعارية والرهن ، مع إبطال ماقد يكون فيها من فساد ، ووضع لهم الحدود التى لا يصح أن يتعدوها فى معاملاتهم ورسم القوانين التى يسيرون عليها فى تصرفاتهم ، فبين لهم أن أساس التعاقد هو الرضا والاختيار وذلك فى قول الله عز اسمه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٢) وقوله جل شأنه « فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »(٣) فلم تشرط الآية الأولى فى حل التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة ، كما علقت الآية الثانية حل الأكل مما يعطيه النساء لأزواجهن من المهور بطيب نفوسهن تعليق الجزاء بشرطه ، فكان ذلك إيذاناً بأن الرضا أصل عام فى جميع التمليكات . وأنها يجب أن تؤسس على الرضا والاختيار ، وأوجب عليهم الوفاء بما يتعاقدون عليه ويرتبطون به فيما بينهم بقوله جل شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود » .

وبهذا كله صارت العقود والتصرفات أسباباً لأحكام وآثار تترتب

---

(١) نكاح الشغار هو أن يزوج الرجل موليته رجلا آخر على أن يزوجه الآخر موليته بلا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى ، وإنما سمى شغارا لقبحه ، تشبيهاً له برفع الكلب رجله ليبول فى القبح ، يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، ونكاح المقت ، هو التزوج بحلائل الآباء ، وسمى بذلك لأنه ممقوت عند ذوى الطباع السليمة ، حتى كأنه نفس المقت ، وهو البغض الناشىء عن احتقار المبغوض ، وكان الولد الذى يأتى من هذا الزواج يسمى مقيتاً ومقتياً .

(٢) آية : ٢٩ سورة النساء .

(٣) آية : ٤ سورة النساء .

عليها وتنشأ عنها بحكم الشارع وجعله وإذا كان هذا الجعل يتفق مع قضايا العقول فلأن كل ما يصدر عن الشرع يتفق وما ينتجه العقل السليم .

وهذا أصل مقرر فى الشريعة ومتفق عليه بين فقهائها مع تعدد مذاهبهم وتباين آرائهم . ومصرح به فى كتبهم المختلفة يقول الكمال بن الهمام - فى مبحث أسباب الأحكام المشروعة من التحرير[١] - والسبب للاختصاصات الشرعية كالملك التصرفات المجعولة أسباباً شرعاً كالبيع والنكاح والطلاق والعتاق » .

ويقرر ذلك الإمام الغزالى فى المستصفى[٢] فيقول : إن الله تعالى جعل لحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباباً ظاهرة من بيع ونكاح وطلاق وغيره . ثم يبين أن نصب هذه الأسباب أسباباً ، وجعلها علامات إنما هو بحكم الشارع فهو الذى شرعها وهو الذى ناط بها أحكامها . وأعطاها آثارها، ويقول ابن تيمية فى فتاويه[٣] : إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام . والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا . لم يثبته ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة » .

ويصرح الإمام الشاطبي فى موافقاته والقرافى فى فروقه ، والعز ابن عبد السلام فى قواعده بسببية العقود لأحكامها وآثارها شرعاً فى أكثر من موضع وعلى هذا يكون عمل العاقد منحصراً فى تكوين العقد وإيجاده ، لا فى إعطائه أحكامه وآثاره ، وإنما ذلك موكول إلى الشارع الحكيم ، فهو الذى يرتب الأحكام ، وينشىء الآثار . فمتى فعل المكلف السبب مستكملا

---

(١) انظر التيسير شرح التحرير ج ٤ ص ٦٨ .

(٢) ج ١ ص ٩٣ .

(٣) ج ٣ ص ٣٣٥ .

شروطه وقع مسببه أراد ذلك أو لم يرده ، بل إذا أتى بالسبب الشرعى لا يملك ألا يقع مسببه ، ولو قصد ذلك كان قصده باطلا ، وأراد رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لا سبيل له إلى منعه ، فمن يعقد بيعاً على محله أو نكاحا أو غيرهما من العقود ثم يقصد ألا يستبيح بذلك العقد ما يعقد لأجله فقد وقع قصده لغواً ، ووقع المسبب الذى باشر سببه . يقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير (جـ ٣ صـ ٦٤) « إنه إذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده » .

فإن قال قائل : إن العقود اختيارية رضائية ، وهذا يستلزم أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه ، فاذا جعلت الشريعة آثار العقود من اختصاص الشارع - جل وعلا - لا من عمل العاقد كان فى ذلك هدم لأصل الرضا والاختيار .

فالجواب عن ذلك : أن الرضا والاختيار إنما هو فى إيقاع الأسباب وإنشاء العقود أما الآثار والأحكام التى تترتب عليها وتنشأ عنها فبترتيب الشارع وجعله ، حفظاً للعدل بين الناس ، وحسما لمادة الخلاف بين العباد ، فالسبب بإرادة المكلف واختياره والمسبب ليس باختياره ورضاه ، ولا بدع فى هذا أصلا ، لأن له نظائر كثيرة فى أمور الحياة ، كمن يغشى امرأته باختياره ورضاه ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، وكمن يلقى البذر فى الأرض بعد تهيئتها للزرع ، وهو لا يريد نباته ، أو يرمى بسهم قد صوبه إلى رجل ثم كره أن يصيبه وما أشبه ذلك . فإذا كان ذلك سائغاً ومقبولا فى الأمور العادية فهو كذلك سائغ مقبول فى الأمور الشرعية وعلى ذلك يكون معقولا وسائغاً أن تكون العقود الشرعية اختيارية رضائية فى وجودها وتكون آثارها من عمل الشارع وجعله[١] .

---

(١) انظر الموافقات للشاطبي جـ ١ صـ ٢١١ ومابعدها .

على أنه يمكن القول بأن آثار العقود وأحكامها لما كانت معلومة للعاقد كانت هى الدافع إلى العقـد ، وأن العاقد ما أقدم على العقد إلا من أجل تحقيقها فـكانت بحكم الأمر الواقع مرادة ومطلوبة له من العقـد ، فجعلت إرادة العقد إرادة لها .

ومن هذا كله يتبين بجـلاء أن نصب العقود أسباباً لأحكامها وآثارها إنما هو لمصلحة العباد وقضاء حاجاتهم الدنيوية على أكمل وجه ، وأن المقصود منها ليس التقرب والعبادة كما هو الحال بالنسبة للصلاة والصيام وغيرهما من العبادات وأن الشارع العليم بمصالح الناس لم يحصر العقود والتصرفات فى عدد معين بحيث لا يجوز للناس الزيادة عليها ، كما أنه لم يذكر بالتحـديد أحكام كل عقد وآثاره بحيث لا يسوغ للناس الزيادة عليها ، أو النقص منها ، بل كل ما رأينا أنه رسم للعباد الحدود ، ووضـع لهم القواعد الكليـة فى معاملاتهم وتصرفاتهم ، وألزمهم ألا يتخطوا هذه الحدود ، وألا يأتوا أمراً يتنافى مع تلك القواعد ، حتى تسود الطمأنينة بين الناس ، وينقطع دابر الفوضى والنزاع ، ويزول الخصام من بينهم .

وكان مقتضى هـذا أن يكون للناس مطلق الحـرية فى أن ينشئوا من الالتزامات وأن يعقدوا من العقود ما يحقق مصالحهم ، ويفى بحاجاتهم ، وإن لم يكن معروفا من قبـل ، مادام ذلك لا يتعارض مع أسس الشريعة ، وقواعدها العامة وألا يكون ثم خلاف بين الفقهاء فى ذلك لـكن ذلك لم يخل من النزاع ، ولم ينج من الخلاف .

فقد اختلفوا فى جواز إحداث عقد أو تصرف لم يقم على جوازه وصحته دليل معين من الـكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس أو غيرها من الأدلة الشرعية كما اختلفوا أيضا فى جواز تغيـير أحكام العقود المشروعة

وتعديل آثارها بالزيادة عليها أو النقص منها من غير توقف على دليل معين يدل على ذلك .

اختلاف الفقهاء فى الأصل فى العقود :

أما المسألة الأولى : فقد قال بعض الفقهاء : إنه لا يصح إنشاء عقد أو تصرف إلا إذا ورد به دليل معين يدل على جوازه وصحته . فما لم يقم الدليل على ذلك فهو باطل أى عقد كان وأى تصرف كان . إذا الأصل فى العقود هو حظرها وفسادها إلا ما دل على إباحته وصحته دليل معتبر فى نظر الشارع . وهؤلاء هم الظاهرية كما صرح بذلك ابن حزم فى الأحكام « حـ ٥ ص ٦ وما بعدها » . وبعض الإمامية كما يؤخذ من كلام الطباطبائى فى كتابه مفاتيح الأصول .

نسبة ابن تيمية القول بحظر العقود إلى الجمهور :

ويقول ابن تيمية فى فتاويه (حـ ٣ ص ٣٢٣) « إن كثيراً من أصول أبى حنيفة تبتنى على هذا ، وكذا كثير من أصول الشافعى ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد . فإن أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس كما قال فى إحدى الروايتين فى وقف الإنسان على نفسه .

نظرة فى هذه النسبة :

هكذا نسب هذا العالم الجليل القول بالحظر والفساد إلى هؤلاء الأئمة إستناداً إلى أصولهم وقواعدهم كما يقول ، ولكنه لم يذكر أصلا واحداً من أصول هؤلاء الأئمة تؤيد ما نسبه إليهم فى هذه المسألة « مسألة العقود » كما رأيناه يذكر عن الإمام أحمد أنه قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس مما يؤيد ما ذهب إليه ذلك البعض من الحنابلة .